

Projet de loi

modifiant

- 1) la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police ;**
- 2) la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'État.**

Avis complémentaire du Conseil d'État

(30 juin 2015)

Par dépêche du président de la Chambre des députés du 17 juin 2015, le Conseil d'État a été saisi d'un amendement à l'article 2 du projet de loi sous rubrique, qui tend à régler la réintégration dans la magistrature d'une personne qui l'avait quittée pour occuper une des fonctions dirigeantes visées au dit projet.

Par dépêche du 24 juin 2015 du Premier ministre, ministre d'État, un second amendement visant également à amender l'article 2 dudit projet, préparé par le ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative, a été soumis à l'avis du Conseil d'Etat.

Au texte de l'amendement parlementaire était joint un commentaire de celui-ci. Au texte de l'amendement gouvernemental étaient joints un commentaire de l'amendement ainsi que le texte coordonné de l'article amendé.

Considérations générales

Le Conseil d'État note que deux instances lui soumettent à quelques jours d'intervalle des amendements au même texte sans qu'il ne lui soit fourni ni la moindre explication sur la raison y sous-jacente, ni d'indications comment ces deux amendements sont appelés à s'articuler entre eux. Est-ce que le plus récent est appelé à remplacer le plus ancien ?

À défaut de réponse satisfaisante sur cette interrogation, le Conseil d'État a pris le parti d'aviser les deux amendements selon leur ordre chronologique.

Les deux amendements ont pour objet de garantir les conditions d'avancement dans leur carrière d'origine pour les magistrats qui acceptent une fonction dirigeante limitée dans le temps dans une administration étatique, tout en bornant le droit à l'avancement « automatique » à certaines fonctions seulement, d'autres en étant exclues.

Avant de procéder à l'examen des amendements, le Conseil d'État rappelle que, dans son avis du 2 juin 2015, il avait attiré l'attention des auteurs du projet de loi initial sur le point suivant :

« Alors que la disposition sous examen résout les questions de garanties de carrière des magistrats qui acceptent une des fonctions prévues à l'article 1^{er} de la loi précitée du 9 décembre 2005, elle risque toutefois de donner lieu à des contrariétés par rapport à l'article 149-2 de la loi [...] du 7 mars 1980 [sur l'organisation judiciaire], dans la mesure où cet article règle différemment les garanties de réintégration des magistrats « appelés à collaborer pendant une période déterminée aux travaux d'organisations internationales ou d'une administration » et qui y ont été détachés à cet effet. Le Conseil d'État estime qu'il y a lieu de modifier dans le même sens et parallèlement aux modifications légales sous examen l'article 149-2 précité. »

Aucun des deux amendements proposés n'est de nature à répondre à cette constatation, alors pourtant que l'introduction d'un régime spécifique pour les magistrats visés au projet sous examen créera à leur profit un droit particulier, qui risque de devoir se mesurer au principe d'égalité inscrit à l'article 10bis de la Constitution, étant donné qu'il n'apparaît pas à première vue que la différenciation ainsi opérée entre ces magistrats et les autres magistrats qui seraient soumis au régime commun soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée au but.

Ce n'est donc que sous cette réserve que sont examinés les deux amendements précités.

Quant à l'amendement parlementaire daté du 17 juin 2015

La Commission de la fonction publique et de la réforme administrative de la Chambre des députés propose dans son amendement tant de suivre partiellement et du point de vue rédactionnel seulement le Conseil d'État dans son avis et de préciser que la règle de la réintégration du magistrat vise les deux ordres, judiciaire et administratif, que de prévoir une limite à cette réintégration, qui ne pourrait concerner des fonctions plus hautes que celles figurant au grade M5, afin d'*« éviter que le magistrat réintégré puisse prétendre à un [des] postes du grade M6 ou M7 »* et ce partant de ce que la commission serait *« d'avis que le Gouvernement est libre dans la nomination des fonctionnaires à des hautes fonctions de la magistrature, une nomination qui ne se fait pas sur base des critères d'ancienneté. »*

Le Conseil d'État comprend la motivation sous-jacente à l'amendement proposé, qui est d'éviter que le magistrat réintégrant son administration d'origine ne puisse revendiquer de ce seul fait d'être admis à une fonction classée parmi les plus hautes fonctions de la magistrature. Le fait de limiter par la loi les fonctions auxquelles ce magistrat peut prétendre est également un moyen qui, en principe, est adéquat à cette fin.

Le Conseil d'État estime cependant que la problématique se situe à un tout autre niveau, à savoir celui qui tend à introduire une limitation par la seule référence au grade M5 de la grille salariale de la fonction publique comme limite supérieure des grades « réintégrables ». Le grade M5 comprend les fonctions de premier conseiller à la Cour administrative ou à la Cour d'appel, de juge de paix directeur, de premier avocat général, de procureur d'État adjoint, de premier vice-président au tribunal administratif ou au tribunal d'arrondissement, ainsi que de juge d'instruction directeur, et partant des magistrats de différentes fonctions emportant des modes de nomination différents. De même, le grade M4 comprend tant des magistrats du siège que des magistrats des parquets, respectivement du Parquet général.

La nomination des magistrats est réglée par les articles 90 (juridictions ordinaires) et 95*bis*, paragraphe 5 (juridictions administratives) de la Constitution. Ces deux articles précisent que tous les magistrats sont nommés, non pas, comme semblent l'admettre les auteurs de l'amendement sous examen, par le Gouvernement, mais par le Grand-Duc. Mais surtout, les nominations à certaines fonctions remplies par des magistrats du siège ne sont faites qu'après avoir recueilli l'avis, respectivement, de la Cour supérieure de justice ou de la Cour administrative. Or, bon nombre des fonctions comprises dans les grades M4 et M5 font partie des fonctions nécessitant un tel avis préalable, et ne peuvent être accédées autrement.

Par conséquent, toute règle qui instaurerait un mode de nomination se basant sur un automatisme d'avancement dans des fonctions nécessitant, au prescrit de la Constitution, un avis préalable d'une des deux cours précitées, serait contraire aux articles précités de la Constitution

Ainsi, le Conseil d'État ne peut marquer, sous peine d'opposition formelle, son accord avec l'amendement proposé en date du 17 juin 2015.

Quant à l'amendement gouvernemental daté du 24 juin 2015

Les auteurs de l'amendement gouvernemental daté du 24 juin 2015 visent à la même fin que celui daté du 17 juin 2015, mais se proposent d'atteindre celle-ci par le recours à une liste négative de fonctions auxquelles le magistrat qui demande sa réintégration ne pourra pas prétendre.

Si le Conseil d'État peut, ainsi qu'il l'a dit plus haut, admettre une solution qui exclurait expressément certaines fonctions de la réintégration du magistrat à la fin de ses fonctions dirigeantes, l'amendement sous examen se heurte cependant au même obstacle que celui examiné précédemment, à savoir qu'il permet l'avancement automatique également à des fonctions comprises parmi celles visées aux articles 90 et 95*bis*, paragraphe 5, de la Constitution et qui ne figurent pas dans la liste d'exclusion. Il s'ensuit que le Conseil d'État ne peut, à nouveau, pas marquer, sous peine d'opposition formelle, son accord avec l'amendement proposé en date du 24 juin 2015.

Sous la réserve faite plus haut quant à l'éventuelle incidence de l'article 10*bis* de la Constitution, et afin de permettre une solution au moins partielle de la problématique, le Conseil d'État propose de rédiger comme suit le paragraphe 1^{er} de l'article 2 de la loi modifiée du 9 décembre 2005 [...], en se basant sur la proposition datée du 24 juin 2015 :

« (1) Le fonctionnaire visé à l'alinéa qui précède qui, avant sa nomination à une fonction dirigeante, relevait de la magistrature, obtient à nouveau une nomination comme magistrat dans son ordre d'origine et au grade et à la fonction qu'il occupait à son départ. Si le magistrat a été dépassé en grade pendant son absence par un magistrat de rang inférieur, il obtient une nomination à une fonction classée au grade obtenu par ce magistrat, à l'exception du grade M7, des fonctions visées aux articles 90 (seconde phrase) et 95*bis*, paragraphe 5 (seconde phrase) de la Constitution et des fonctions de procureur d'Etat ou de procureur général d'Etat adjoint. Le magistrat réintégré récupère son rang d'origine. Son classement se fait à l'échelon de traitement correspondant à celui atteint dans la fonction temporaire ou, à défaut d'échelon correspondant, à l'échelon de traitement immédiatement inférieur. À défaut de poste vacant adéquat, il est nommé hors cadre à une fonction correspondant à ce grade à l'exception des fonctions visées ci-dessus et ce jusqu'à la survenance de la première vacance de poste correspondante dans le cadre. »

Le Conseil d'État est conscient de ce que cette proposition 1) limite les possibilités de réintégration au sein des juridictions ordinaires à des fonctions ne nécessitant pas l'avis préalable de la Cour supérieure de justice, le magistrat voulant réintégrer une fonction soumise à avis devant se soumettre à la procédure constitutionnellement prévue, et 2) ne résout guère la question pour les personnes issues des juridictions administratives dans la mesure où seules les nominations aux postes de juge et de premier juge du tribunal administratif ne sont pas soumises à la procédure de l'avis préalable. Il semble cependant que les choix du législateur sont extrêmement limités en raison des dispositions constitutionnelles précitées.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 30 juin 2015.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Viviane Ecker